



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Eclesiástico del Estado

Curso 2017/2018

EL MATRIMONIO ISLÁMICO Y SUS EFECTOS CIVILES EN ESPAÑA

Estudiante: Mario Ledesma López

Tutora: Lourdes Ruano Espina

Junio de 2018

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento de Derecho Privado

Derecho Eclesiástico del Estado

**EL MATRIMONIO ISLÁMICO Y SUS
EFECTOS CIVILES EN ESPAÑA**

**ISLAMIC MARRIAGE AND ITS CIVIL
EFFECTS IN SPAIN**

Estudiante: Mario Ledesma López
e-mail del estudiante: mario_92@usal.es

Tutora: Lourdes Ruano Espina

RESUMEN (15 líneas)

El matrimonio islámico es hoy uno de los temas más controvertidos. Su regulación por la ley islámica presenta importantes desavenencias con las prescripciones en materia matrimonial de los Estados occidentales, sin embargo, la proclamación de los principios de libertad religiosa y de cooperación en la Constitución Española de 1978, obligaron al legislador español a dar solución a las necesidades de las minorías religiosas. De este modo, el presente trabajo se encuentra dirigido al estudio de la institución matrimonial desde un doble ámbito, la ley islámica y la normativa española aplicable a la celebración del matrimonio en forma religiosa a fin de reconocer eficacia civil a este tipo de matrimonio.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): matrimonio islámico, libertad religiosa, consentimiento, expediente previo matrimonial, efectos civiles, Derecho islámico.

ABSTRACT

Nowadays, Islamic marriage is a great controversial issue. Its regulation by Islamic law presents major disagreements with the requirements in Western States' matrimonial matters. However, the Spanish legislator has the obligation of attend the religious minorities needs, since the Spanish Constitution of 1978 proclaims the principles of religious freedom and cooperation. In this way, the aim of the present work is to study the marriage institution from a double scope. On the one hand, the Islamic law by itself, on the other hand the Spanish regulations applicable to the celebration of marriage in religious form, in order to recognize civil effectiveness to this type of marriage

KEYWORDS: Islamic marriage, religious freedom, consent, previous matrimonial file, civil effects, Islamic law.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	1
2. ASPECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ISLÁMICO	2
3.1. La capacidad matrimonial	10
3.2. El consentimiento matrimonial en el Derecho islámico	14
3.3. La dote islámica	16
3.4. La forma de celebración del matrimonio islámico	18
4. NULIDAD Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO ISLÁMICO	20
4.1. Matrimonio nulo:.....	20
4.2. Matrimonio imperfecto:	21
4.3. La disolución del matrimonio islámico:.....	21
5. EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO ISLÁMICO EN ESPAÑA. 23	
5.1. Sistema matrimonial español.....	23
5.2. Normativa aplicable.....	25
5.3. Requisitos de validez.....	27
5.3.1. Expediente matrimonial previo	27
5.3.2. Requisitos necesarios en el momento constitutivo del matrimonio	29
5.3.3. Inscripción en el Registro Civil	32
6. EL MATRIMONIO ISLÁMICO Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE PRESIDEN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL.....	33
7. BREVE REFERENCIA A LA STS DE 24 DE ENERO DE 2018.....	40
8. CONCLUSIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	45

ABREVIATURAS

- Código Civil: Cc
- Código Penal: CP
- Comunidad Islámica de España: CIE
- Constitución española de 1978: CE
- Dirección General de los Registros y del Notariado: DGRN
- Federación de Comunidades Judías de España: FCJE
- Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España: FEREDE
- Ley Orgánica de Libertad Religiosa: LOLR
- Registro de entidades religiosas: RER
- Tribunal Supremo: TS

1. INTRODUCCIÓN

Debido a la existencia de múltiples sistemas matrimoniales, la regulación del instituto matrimonial por los Estados ha supuesto un problema a la hora de satisfacer y cubrir las necesidades de sus ciudadanos, especialmente de aquellos que, profesando una determinada religión o creencia, como la islámica, se encuentran ante una cultura, tradición y costumbres de corte occidental. Conocedores del crisol de culturas que caracteriza a España, donde el colectivo musulmán se encuentra dotado de una gran presencia, tanto por motivos migratorios como históricos, y en cumplimiento del principio constitucional de libertad religiosa, desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio de Libertad Religiosa¹, se hace necesario estudiar el modo en el que se le ha dado cabida al matrimonio islámico en nuestro ordenamiento jurídico; más, si cabe, debido a los acontecimientos producidos en el mundo, que han supuesto que se fije la atención sobre la religión islámica y sus peculiares características. Por esta razón, a fin de tener un mayor conocimiento del Derecho islámico, concretamente sobre uno de sus puntos más controvertidos, analizaremos el instituto matrimonial islámico desde diversas perspectivas.

Por un lado, realizaremos un estudio general sobre la naturaleza, las fuentes y los principios en que se basa, y veremos, conforme a ello, cómo concibe el matrimonio, analizando los requisitos para su constitución y disolución.

Posteriormente, veremos la forma en la que el ordenamiento español da cabida a la celebración de este matrimonio en forma religiosa. Concretamente, atenderemos a los requisitos que deben darse para la producción de efectos civiles, poniendo el foco en las exigencias del Código Civil² y la Ley 26/1992 de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España³. También analizaremos las posibilidades, o no, de conciliación de ambas concepciones, haciendo hincapié en el respeto a los principios constitucionales y en la salvaguarda del orden público.

¹ «BOE» núm. 177, de 24 de julio de 1980.

² «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

³ «BOE» núm. 272, de 12 de noviembre de 1992.

Finalmente, haremos una breve referencia a la STS de 24 de enero de 2018 que ha generado ciertas discrepancias en la doctrina, en relación con el posible reconocimiento de efectos de la poligamia por la justicia española, al reconocer a las dos esposas de un ciudadano marroquí el derecho a recibir la pensión de viudedad.

2. ASPECTOS GENERALES DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO ISLÁMICO

Antes de analizar la institución matrimonial, es necesario conocer y tener presente una serie de cuestiones generales sobre el derecho islámico. En este sentido, lo primero a tener en cuenta es que se trata de un derecho que está ligado a la profesión de fe religiosa, de modo que el creyente musulmán, con independencia del territorio en el que se encuentre, estará obligado por este derecho, el cual regula todos los aspectos de la vida de la persona y de la sociedad, no sólo religiosos, sino también civiles, penales, etc⁴.

El Islam y, por ende, el derecho islámico, tiene vocación de universalidad, de acuerdo con un hadiz⁵ que establece que todo hombre nace musulmán, y como tal se ve obligado por la voluntad de Alá. Es por ello por lo que el Islam regula todos los ámbitos de la vida, de modo que no se centra únicamente en el factor religioso, sino también en lo político, lo social, etc. Así, vemos que el musulmán está obligado a conducirse conforme a una serie de pilares fundamentales sobre los que se asienta el Islam⁶:

- 1) Asshahada o shahala: consiste en la profesión de fe, según la cual para los musulmanes no hay más Dios que Alá y Mahoma es su profeta.
- 2) Assalat o shalaf: hace alusión a la obligación de rezar 5 veces al día (estas oraciones están fijadas por el ritmo del sol: al alba, al mediodía, a media

⁴ RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam en España”, *Ius Canonicum*, XLIII, N.86, 2003, págs.465-543.

⁵ Tradición sobre actos y palabras de Mahoma o realizados en su presencia, que conforman la Sunna, y constituyen por tanto la segunda fuente del derecho para el islam: BORRÁS, A. y MERNISSI, S., *El islam jurídico y Europa*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, p.268.

⁶ PUERTO GONZÁLEZ, J.J., “Matrimonio y uniones de hecho ante el Derecho musulmán, judío y las Iglesias protestantes”, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 2003, págs.63-94. RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam...”, cit., págs.489-491.

tarde, al ocaso y cuando ya es noche cerrada) en dirección a la Meca, ya sea de forma individual o colectiva.

- 3) Azzakat o zocat: consiste en una obligación para los musulmanes de entregar una limosna. Su finalidad ha variado con el tiempo, ya que en unos primeros momentos se destinaba a la ayuda de los más necesitados, y hoy en día se emplea como forma de ayudar a la comunidad islámica en su conjunto.
- 4) Assaum o ayuno: se trata de una obligación de abstenerse de ingerir cualquier tipo de alimento para aquellos musulmanes púberes y sanos. Esta abstinencia incluye también la ingesta de bebidas, de fumar, perfumarse, de mantener relaciones sexuales, etc. Dicha prohibición abarca desde la salida hasta la puesta de sol en el mes del Ramadán, que vendrá determinado por el ritmo lunar.
- 5) Al-Hay o peregrinación a la Meca, también es uno de los pilares fundamentales y, como tal, tiene carácter obligatorio, aunque caben una serie de excepciones con respecto a aquellas personas que carezcan de los medios necesarios para hacer tal peregrinación, o que por su salud no puedan llevarlo a cabo.
- 6) Por último, mencionar que determinadas escuelas chiítas establecen un sexto pilar dentro del Islam, la Yihad, siendo preciso diferenciar entre la “gran Yihad” y la “pequeña Yihad”. La primera consiste en la lucha personal e interior contra los propios pecados, mientras que la segunda se traduce como la lucha violenta contra los ataques enemigos de los infieles al Islam que rechazan la conversión⁷.

Por otro lado, es preciso tener presente que el derecho islámico no se configura siempre de igual modo, sino que existen diferentes doctrinas y, en función de a cuál pertenezca cada individuo, la regulación de las distintas figuras e instituciones jurídicas puede variar. Dichas doctrinas tienen su razón de ser en las diferentes posturas de los descendientes de Mahoma al ser nombrados Califas tras su muerte, especialmente la de Alí, primo carnal y yerno de Mahoma, que provocó la división de la comunidad

⁷ PUERTO GONZÁLEZ, J.J., “Matrimonio...”, cit., p.81. RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam...”, cit., págs.490-491

musulmana en dos grandes doctrinas⁸, la suní y la chií. Y, posteriormente, una tercera doctrina vinculada a los jariyíes, quienes se separan de los chiíes en el año 657. Cabe mencionar que, dentro de estas doctrinas, encontramos distintas escuelas. Las más importantes son la hanafí, chafí, malikí y hanbalí (todas ellas sunnitas). Dentro del chiísmo podemos hablar de la escuela zaidí, fatimí y yafarí. Por último, dentro de la escuela Jariyí está la Ibadí (que conjuga elementos propios de chiíes y sunnites). Como mencionaba, esta diferenciación es importante sobre todo en relación con las fuentes de derecho⁹ y lo que ello puede suponer para la regulación del matrimonio islámico según la pertenencia a uno u otro grupo.

En ese sentido, es necesario hablar en primer lugar de la Sharia, entendida como derecho o ley religiosa de todo musulmán, que emana directamente de Alá, y engloba todas las leyes que deben regir la vida del creyente en sentido amplio. Su carácter y origen divino la hace inatacable y la convierte en límite para cualquier actuación jurídica humana¹⁰. Esto supone el establecimiento de sanciones no sólo morales, sino también jurídicas ante su incumplimiento. Podemos decir que la Sharia está conformada por cuatro fuentes:

- **El Corán:** es el texto sagrado del Islam en el que se presentan las indicaciones que Alá reveló a su profeta Mahoma, y que posteriormente serían objeto de un proceso de recopilación por Abu Bakr¹¹ a fin de garantizar una mejor aplicación y seguimiento del mismo. Se encuentra dividido en 114 Azoras o suras (capítulos), y éstos se dividen en 6.236 aleyas o versículos, que no se rigen por un orden sistematizado y que, si bien tienen, eminentemente, un contenido religioso, también nos encontramos con una parte de naturaleza jurídica, en la que juega un papel importante el Derecho de familia (cuestiones que se encuentran en unas 70 aleyas, ejemplo de ello son las azoras II y IV), concretamente en relación con la regulación del matrimonio, que es lo que a

⁸ PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer el derecho islámico”. Artículo doctrinal publicado en <http://cpvaquero.blogspot.com.es/2011/02/diz-claves-para-conocer-el-derecho.html> Visionado el 25 de noviembre de 2017.

⁹ BOTIVEAU, B., “Derecho islámico: de lo político a lo antropológico”, *El islam jurídico y Europa*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, p.55.

¹⁰ RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam...”, cit., p.471.

¹¹ VERNET, J., *El Corán*, Penguin Clásicos, Barcelona, 2009, p.25.

nosotros nos interesa. En definitiva, comprende tanto obligaciones rituales y morales como legales, en plano de igualdad y sometidas todas a la autoridad del mismo imperativo religioso¹².

- **La Sunna:** se conforma por los dichos y hechos del profeta Mahoma y su manera de proceder, según el testimonio de sus contemporáneos¹³. Es en este punto en el que hay discrepancias entre las escuelas, puesto que sólo se reconoce como fuente por la escuela sunnita.
- **Las Qiyás:** se trata de una serie de resoluciones basadas en la analogía, y van a adquirir ese carácter de ley en el momento en el que el mudjtahid¹⁴ convierte esa resolución en regla de iymá¹⁵. Cabe decir que se crea por los juristas chafeítas y la rechazan tanto hanbalitas como wahabitas¹⁶.
- **El Iymá:** su fundamento lo encontramos en el consenso, principalmente de los mudjtahid, y se trata de una serie de fórmulas dogmáticas, culturales y legales adoptadas como propias por el pueblo islámico¹⁷.

Es conveniente resaltar que la labor de los ulemas o doctores de la ley es muy importante, se denomina fiqh, y pese a no estar revestida del mismo grado de obligatoriedad, como indica ACUÑA GUIROLA, “son las que han conseguido que este peculiar sistema jurídico tenga aún hoy (...), funcionalidad y vigencia”¹⁸. Ello permite una mejor comprensión y seguimiento de las obligaciones para los musulmanes, además de facilitar la labor del profesional cuando se le presenta un caso ligado a este peculiar derecho, en tanto que sirvieron a colmar las diferentes lagunas jurídicas procedentes del

¹² MARTOS QUESADA, J., “El Corán como fuente de derecho en el Islam”, *Cuadernos de historia del derecho*, 2004, vol. 11, p. 327-338.

¹³ MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, P., “Lo permanente en el Derecho musulmán y las tendencias modernas en el Islam”, *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, Madrid, 1968, págs.14-17.

¹⁴ De acuerdo con el Profesor PUERTO GÓNZALEZ, son considerados los sabios del islam, los intérpretes de la ley islámica, cumpliendo un papel fundamental relacionado con las mencionadas fuentes del Derecho islámico, y concretamente en relación con la iytiha, es decir, la reflexión de los maestros religiosos sobre una determinada cuestión, y que sería sustituida posteriormente por el quiyás o analogía: PUERTO GONZÁLEZ, J.J., “Matrimonio...”, cit., p.82.

¹⁵ MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, P., “Lo permanente...”, cit., págs.15-16.

¹⁶ PUERTO GONZÁLEZ, J.J., “Matrimonio...”, cit., p.82.

¹⁷ MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, P., “Lo permanente...”, cit., p.16-17.

¹⁸ ACUÑA GUIROLA, S., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p.28.

Corán y la Sunna mediante tres vías: por analogía (*qiyás*), por deducción (*iytiḥad*) o por razonamiento (*ra'y* u opinión personal)¹⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior, procederemos a analizar el tratamiento que hace el Derecho islámico de la institución matrimonial:

A lo que prestaremos atención son, la concepción patriarcal de la familia, lo que supone que la autoridad máxima de la misma recaiga en el varón (ya sea el padre o el marido)²⁰, y las consecuencias que esta situación va a tener para el tratamiento de la mujer por el derecho islámico. Esa preeminencia viene recogida en la Sura IV, aleya 34 del Corán al decir que: *“los hombres tienen autoridad sobre las mujeres en virtud de la preferencia que Dios ha dado a unos más que a otros y de los bienes que gastan”*.

El matrimonio islámico o *yehr*, se encuentra regulado en diversas fuentes como el Corán y la Sunna. El primero contiene una serie de versículos de carácter obligatorio, sobre los cuales no se admite interpretación alguna, y que se denominan *mutkhamat*²¹, que establecen una obligación indirecta para todo musulmán de contraer matrimonio condicionada por el mandato de la procreación²².

Por otra parte, en relación con la naturaleza jurídica del matrimonio y haciendo uso de una transcripción de uno de los hadices sobre el instituto matrimonial, decimos que: *“El Sagrado Corán hace la aclaración de que la unión matrimonial no es una relación temporaria entre dos individualidades de sexo opuesto: es una permanente y perdurable relación en sentido de que ambas partes deben aportar sus mayores esfuerzos para dirigir sus vidas armoniosamente y sobrellevar las grandes responsabilidades emergentes de este sagrado contrato”*²³.

Ello nos da una primera y muy significativa idea sobre el matrimonio islámico, y es que se trata de un contrato. Si bien es cierto que al calificarlo de sagrado se está

¹⁹ MARTOS QUESADA, J., “El Corán...”, cit., p.332.

²⁰ DIAGO DIAGO, M.^a del P., “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado español”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres* N°6, 2001, págs.6-13.

²¹ PUERTO GONZÁLEZ, J.J., “Matrimonio...”, cit., p.84.

²² Sura XXIV, aleya 32: “Y casad a vuestros solteros y a vuestros esclavos y esclavas que sean rectos. Si son pobres, Allah les enriquecerá con Su favor. Allah es Magnánimo, Conocedor.”

²³ Libro del matrimonio del Sahih Muslim traducido por Abdu Rahmân Colombo Al-Ŷerrâhî.

estableciendo que se encuentra conformado no sólo por elementos jurídicos, sino también religiosos. De ahí su importancia para el Islam desde una doble faceta: la religiosa, y como instituto privado que trasciende al ámbito público²⁴ (no debemos olvidar que el Islam rige todas las facetas de la vida del creyente y es considerado una cultura en sí mismo).

A raíz de la exposición de SARA ACUÑA GUIROLA²⁵ sobre el matrimonio islámico, podemos decir que el matrimonio es un contrato privado, que va a suponer la unión de un hombre con una mujer (dejando a salvo la posibilidad del varón de contraer matrimonio con hasta cuatro mujeres, sobre la que haremos alusión más adelante), por tanto, heterosexual, pues se fundamenta en la ya mencionada obligación de procreación establecida por el Corán.

Volviendo a la anterior transcripción de ese hadiz sobre el matrimonio, cabe hablar del carácter perpetuo del mismo. De tal modo, hay que precisar que dicha cualidad del matrimonio islámico se predica respecto de su naturaleza, ello significa que no está reñido con la posibilidad de su disolución, prevista y regulada por el propio Corán, a través de figuras como el repudio y el divorcio. En definitiva, podemos afirmar la existencia de un consenso sobre ese carácter perpetuo del matrimonio, el cual va a venir dado por la prestación del consentimiento matrimonial de los esposos.

Caso distinto es la regulación de un determinado tipo de matrimonio, denominado mut'a, propio de una parte de la escuela chiíta, y que sí puede presentar una contradicción respecto a lo que venimos comentando sobre el carácter perpetuo del matrimonio, dada su temporalidad. Ahora bien, al no requerir de consentimiento para su constitución, parece estar más asimilado a la figura del secuestro²⁶ que a la del matrimonio.

Otra característica del matrimonio islámico que ya habíamos enunciado es la de la poligamia. A este respecto conviene tener presente la Sura IV, aleya 3:

“Si teméis no ser justos con los huérfanos...”

²⁴ ACUÑA GUIROLA, S., *El matrimonio islámico...*, cit., p.31.

²⁵ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “El Derecho matrimonial islámico”, *Matrimonio Religioso y Unión Europea, Perspectivas Comparadas*, Punto Rojo, Sevilla, 2016, págs.275-285.

²⁶ *Ibidem*, p.284.

Casaos con las mujeres que os gusten, dos, tres o cuatro. Si teméis no ser equitativos, casaos con una o con lo que poseen vuestras diestras, las esclavas. Eso es lo más indicado para que no os apartéis de la justicia. Dad a las mujeres, espontáneamente, algo, comedlo de gusto”²⁷.

Podemos decir que este versículo reconoce expresamente la posibilidad de la que goza el varón musulmán para contraer matrimonio con un máximo de hasta cuatro mujeres. Tal derecho o posibilidad está limitado a razón de que posea la capacidad económica suficiente para mantener dignamente a dichas mujeres, lo que conocemos como nafaqa, y cuyo fundamento lo podemos encontrar en la aleya 233 de la Sura II al establecer que “sobre el padre recae el alimento y vestido de la madre”. La nafaqa también supone que el marido proporcione la vivienda a sus mujeres, así como la atención médica necesaria y en algunos casos, incluso servicio doméstico²⁸, variando en cada caso en función de la capacidad del marido.

Es conveniente mencionar que es el propio marido, en no pocas ocasiones, quien va a analizar y determinar si posee o no los medios suficientes para mantener a más esposas, y por tanto, poder contraer matrimonios sucesivos, lo que podría hacer pensar en la fragilidad de la propia figura, y del peligro que ello conlleva para la primera y sucesivas esposas, quienes pueden verse afectadas por dicha potestad del marido, en la medida en que fuese incapaz de cubrir aquellas necesidades en términos de equidad como le es exigido. No obstante, la tónica general es que sea el Qadí (autoridad judicial) quien determine tal capacidad, a fin de ofrecer un juicio objetivo que garantice el cumplimiento de la ley islámica.

La otra condición de la que se hace depender la posibilidad de contraer más de un matrimonio viene dada por una serie de impedimentos específicos (al margen de los generales que veremos más adelante). Parece evidente que, si sólo puede contraerse matrimonio con hasta cuatro mujeres, el quinto y sucesivos serán nulos, considerándose relaciones de concubinato²⁹. El resto de impedimentos vienen determinados, principalmente, por las relaciones de parentesco existentes entre las esposas.

²⁷ VERNET, J., *El Corán.*, cit., p.3.

²⁸ COMBALÍA SOLÍS, Z, “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres* Nº6, 2001, págs.14-20.

²⁹ ACUÑA GUIROLA, S., *El matrimonio islámico...*, cit., p.36.

De este modo vemos que la poligamia en el derecho islámico está altamente regulada y supeditada al cumplimiento de una serie de condiciones, que, de no concurrir, podrían hacer nulo el matrimonio. Paralelamente, me parece oportuno matizar la calificación de la poligamia como propiedad del matrimonio islámico. Entiendo que no se trata de una propiedad ubicua, presente siempre en todo matrimonio, al no estar dotada de obligatoriedad, ello hace que para calificar adecuadamente un matrimonio islámico tengamos que acudir al caso concreto, ya que a raíz de las influencias occidentales en la comunidad islámica (umma), y por ende, en los países donde ésta es mayoritaria, tal como indica ALEGRÍA BORRÁS³⁰, cada vez es más habitual hablar de la poligamia como una propiedad en desuso, progresivamente más restringida, incluso prohibida como hace el artículo 18 del Código Tunecino de Estatuto Personal (aunque sólo tenga trascendencia civil). Del mismo modo, presenciamos que los esposos celebran acuerdos en los que se pacta la monogamia marital, y se concede a la esposa la posibilidad de divorciarse en caso de incumplimiento³¹.

Todas estas circunstancias son relevantes y han de tenerse presentes, pues estamos ante un derecho de vocación universal de carácter personal, que configura el instituto matrimonial islámico de forma única respecto al resto de sistemas jurídicos. De manera que vamos a proceder en los siguientes epígrafes a analizar, concretamente, los requisitos para la constitución del matrimonio, así como sus posibilidades de disolución.

3. CONSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO ISLÁMICO

Una vez vistas las características de este derecho, podemos afirmar la necesidad de la concurrencia de una serie de condiciones para que el matrimonio quede constituido válidamente, si bien es cierto que no todos los requisitos tienen el mismo grado de exigibilidad por las leyes islámicas, habiendo diferencias también entre las diferentes doctrinas y escuelas. De este modo, veremos cómo puede ser válido un matrimonio aun faltando alguno de los siguientes requisitos:

³⁰ BORRÁS, A., “Introducción” y “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico”, *El Islam jurídico y Europa*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, págs.157-198.

³¹ COMBALÍA SOLÍS, Z, “Estatuto de la Mujer...”, cit., p.16.

- Capacidad matrimonial: abarca tanto requisitos de edad como la ausencia de impedimentos matrimoniales.
- La prestación del consentimiento matrimonial.
- La dote.
- El cumplimiento de una determinada forma en cuanto a su celebración.

De todos ellos, el requisito esencial por antonomasia es el relativo a la dote, que consiste, en términos muy generales, en la entrega de una determinada cantidad de dinero a la mujer por la situación desventajosa en la que la coloca el matrimonio³². Ésta será la encargada del cuidado del hogar y de los hijos y la formación moral de éstos, en tanto que el hombre es quien interviene y participa en la esfera pública del mercado y del gobierno³³. De este modo, la constitución de un matrimonio islámico otorga un rol diferenciado en virtud del sexo, tal como lo confirma su propio texto sagrado.

La realización de un acuerdo matrimonial previo a la celebración del matrimonio está considerado como uno de los actos constitutivos del matrimonio, ligado a la posterior celebración del mismo. Actos estos que el Derecho islámico clásico configura como inseparables el uno del otro, y por tanto una vez realizado el primero es obligatorio cumplir con el segundo³⁴. Hoy en día no podemos decir que guarden tal relación, pero sí, que ambos se precisan para la constitución del instituto matrimonial, reforzándose la esencialidad de la dote, en tanto que forma parte de ese acuerdo previo junto con la posibilidad de establecer pactos que limiten la facultad del esposo de contraer sucesivos matrimonios³⁵, como habíamos visto anteriormente.

3.1. La capacidad matrimonial

La capacidad como requisito para contraer matrimonio válido conforme al Derecho islámico viene determinada por dos circunstancias: que ambos ostenten una determinada edad, relacionada estrechamente con la pubertad de los contrayentes. Y, por otro lado, la

³² Sura II, aleya 228: “Las mujeres tienen sobre los esposos idénticos derechos que ellos tienen sobre ellas, según es conocido, pero los hombres tienen sobre ellas preeminencia.” VERNET, J., *El Corán.*, cit., p.3.

³³ RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam”, cit., p.502.

³⁴ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “Aproximación al Matrimonio musulmán en la Sharía”, *Ius Canonicum*, XLII, Nº 84, 2002, págs.571-613.

³⁵ Ibidem, págs.571-613.

ausencia de impedimentos matrimoniales que imposibiliten la celebración de matrimonio válido, diferenciando entre impedimentos temporales y permanentes, en función de si la circunstancia que presenta alguno de los contrayentes puede o no desaparecer.

A. La edad: con carácter general, el Derecho islámico prevé un límite mínimo que va de los quince años para el hombre y doce años para la mujer, a partir del cual se les reconoce capacidad para contraer matrimonio, si bien este límite varía para los miembros de la Escuela chií, que permite el matrimonio a partir de los doce y nueve años para el hombre y la mujer, respectivamente. La razón de establecer estos límites viene dada en que es a partir de ese momento en el que el Derecho islámico considera que han alcanzado la madurez, tanto física como psíquica que supone en la persona adquirir la pubertad³⁶, de tal modo que el matrimonio cobra pleno sentido en tanto que se configura, como ya habíamos indicado, en una forma de legitimación de la procreación.

Pese a existir tales limitaciones, no podemos considerar la edad como un requisito esencial, sino que puede ser desatendido, prueba de ello es la celebración de matrimonios a edades más tempranas. En ese sentido, el Derecho islámico otorga validez a tales matrimonios siempre que el consentimiento lo emita quien ostenta el derecho de chebr (que podemos asimilar con la patria potestad o tutela), y que normalmente le corresponde al walí, ya que tiene atribuidas tales funciones en el ámbito matrimonial³⁷. Incluso puede consentir en celebrar un matrimonio aun en contra de lo deseado por los propios contrayentes, por carecer éstos de la capacidad suficiente para ello.

B. Impedimentos matrimoniales:

Se trata de circunstancias presentes en los contrayentes que van a impedir la celebración de un matrimonio válido, es decir, suponen una limitación del ius connubii. Para catalogar estos impedimentos, nos basaremos en una clasificación adoptada por la mayor parte de la doctrina, que distingue entre impedimentos

³⁶ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “El Derecho...”, cit., p.288.

³⁷ Ibidem, p.289.

permanentes y temporales, en función de que tales circunstancias puedan o no desaparecer:

i. Impedimentos permanentes: se basan en una serie de relaciones tan estrechas que no van a cesar en ningún momento, imposibilitando que las personas de ese modo vinculadas puedan contraer matrimonio válido entre sí. En definitiva, son impedimentos permanentes:

a. Impedimento de consanguinidad: prohíbe el matrimonio entre los consanguíneos en línea recta en todos sus grados, y en línea colateral hasta el tercer grado³⁸.

b. Impedimento de afinidad: es considerado un impedimento permanente sólo entre los afines en primer grado en línea recta, es decir, que el varón no podrá contraer matrimonio ni con la madre ni con la hija de su mujer, incluso si el vínculo estuviera roto, puesto que el impedimento es perpetuo.

c. Hermanamiento de leche: el fundamento de este impedimento radica en la especial relación que se crea entre la nodriza y el niño amamantado, a los que el derecho islámico otorga un estatus similar al de la consanguinidad, ahora bien, es preciso que el amamantamiento haya sido efectivo durante al menos veinticuatro meses, fundado ello en la prescripción que el Corán hace en la Sura II, aleya 233, cuando dice que *“las madres amamantarán a sus hijos dos años completos.(...) Si deseáis que os amamenten vuestro hijo no cometéis falta(...)”*.

Esta prohibición se extiende al matrimonio entre el varón y su nodriza, las hijas de esta, las hermanas o sobrinas de aquella, a una hermana de leche, y tampoco puede contraer segundo o posterior matrimonio con dos mujeres colactáneas. La mujer por su parte no podrá contraer matrimonio con el que es o haya sido

³⁸ Sura IV, aleya 27: “Se os prohíbe tomar por esposas a vuestras madres, a vuestras hijas, a vuestras hermanas, a vuestras tías paternas y maternas; a vuestras sobrinas, sean hijas de hermano o hermana; a vuestras nodrizas, aquellas que os amamantaron; a vuestras hermanas de leche; a las madres de vuestras esposas; a vuestras pupilas, nacidas de vuestras mujeres con las que habéis mantenido relaciones; si no hubieseis tenido relaciones con ellas, no cometéis falta; a las esposas de vuestros hijos nacidos de vuestros riñones; os está prohibido reunir dos hermanas. Se exceptúan los matrimonios que hayáis contraído con anterioridad a este mandamiento. Realmente, Dios es indulgente, misericordioso.” VERNET, J., *El Corán.*, cit., p.118.

marido de su nodriza, ni con sus descendientes. La nodriza, además de no poder contraer matrimonio con el amamantado, tampoco puede con el padre de este, ni con los descendientes de aquel³⁹.

ii. **Impedimentos temporales:** en este caso, el fundamento de este tipo de impedimentos varía, de modo que no sólo recoge relaciones de parentesco, sino también otra serie de circunstancias relacionadas, por ejemplo, con el credo religioso, etc.

a. **Afinidad:** prohíbe el matrimonio en segundo grado de línea colateral (de modo que el marido no podrá casarse con la hermana de su mujer) mientras dure el matrimonio.

b. **Impedimento de disparidad de cultos:** en este caso es preciso hacer una distinción entre el impedimento que se establece para el varón y el de la mujer:

1. Respecto al varón, éste sólo puede contraer matrimonio válido con una mujer que profese alguna de las tres religiones del Libro, es decir, con una mujer cristiana, judía o musulmana.
2. La mujer musulmana, sin embargo, sólo puede contraer matrimonio con un varón musulmán. La razón de ello radica en que para el Islam los hijos heredan la religión del padre⁴⁰.

c. **Continencia legal:** este impedimento prohíbe contraer matrimonio durante un plazo de tiempo determinado. Podemos distinguir entre:

1. **Iddah:** se trata de una prohibición directa hacia aquella mujer que ha visto extinguido su matrimonio, de modo que para poder contraer uno nuevo debe de guardar un tiempo de continencia que varía en función de la forma de extinción de su anterior matrimonio:

³⁹ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “Aproximación al...”, cit., p.596.

⁴⁰ RUANO ESPINA, L., “Derecho e islam...”, cit., p.504.

- a. Si el matrimonio se extingue mediante repudio baín (se procede a pronunciar tres formulaciones de repudiación en un solo acto), el plazo será de tres meses⁴¹ (Sura II, aleya 228).
- b. Si se extingue por el fallecimiento del esposo, el periodo de tiempo que debe transcurrir para volver a casarse es de cuatro meses y diez días, pues así lo establece el Corán (Sura II, aleya 234).

2. Istibra⁴²: en este caso la razón de guardar el periodo de continencia radica en que la mujer haya tenido relaciones extramatrimoniales o haya sido violada. El plazo oscila entre un mes y un máximo de dos meses.

d. Impedimento de repudio irrevocable: se trata de una prohibición que impide a la mujer contraer otra vez matrimonio con quien la había repudiado, siempre que no se hubiese casado con posterioridad y este matrimonio se hubiera disuelto⁴³, pues ello quiebra dicha prohibición.

e. Edad: nos remitimos a lo ya indicado en el apartado sobre la capacidad matrimonial.

3.2. El consentimiento matrimonial en el Derecho islámico

- Aspectos generales del consentimiento matrimonial:

El consentimiento como requisito de validez para contraer matrimonio está presente en todos los sistemas normativos. Por su parte, el sistema español establece en el art.45 del Código Civil⁴⁴ su carácter constitutivo del matrimonio. De igual modo, para otras confesiones religiosas se prevé como un elemento esencial, así el Derecho canónico en el canon 1057 del CIC de 1983 establece que *“el matrimonio lo produce el consentimiento de las partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente*

⁴¹ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “El Derecho...”, cit., p.293.

⁴² Ibidem, p.293.

⁴³ Ibidem, p.293.

⁴⁴ «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

hábiles, consentimiento que ningún poder humano puede suplir”. En definitiva, vemos cómo todos los sistemas lo consideran esencial, en tanto que, al tratarse el matrimonio de un negocio jurídico, asimilado, por tanto, a un contrato, se precisa de la emisión de la voluntad de las partes en obligarse por el mismo.

Teniendo lo anterior presente, resulta extraño que el Derecho islámico no dote al consentimiento de fuerza constitutiva, lo cual se hace visible en los supuestos en los que este se suple por otra persona o incluso se presume. Tal es el caso del impúber, que puede quedar ligado por un vínculo matrimonial en contra de su deseo, a través del djarb, que se trata de una institución de Derecho islámico que permite el matrimonio entre dos impúberes, siendo los representantes legales o tutores (walíes) de estos, quienes acuerden tal unión. Ahora bien, dicho enlace puede disolverse mediante un acto de repudiación del varón cuando este alcance la pubertad (facultad que no posee la mujer)⁴⁵.

Por el contrario, algunos autores entienden que el consentimiento para el Derecho islámico es esencial, ya que el matrimonio, como todo contrato, debe ser negociado previamente. En este caso, se encargan de ello el futuro marido y los parientes de la mujer. Como resultado de esa negociación queda fijada la entrega de la dote, a la que algunos autores asocian con el precio de compra, y otros con una compensación por la situación desventajosa en la que queda la mujer. Ambas concepciones de la dote dejan de manifiesto que el consentimiento se presume en los cónyuges, ya que la forma en la que se formaliza éste carece de cualquier tipo de garantía sobre su existencia⁴⁶, debido a que puede prestarse de muy diversas maneras, ya sea oral, por escrito o por medio de procurador⁴⁷, siendo de especial trascendencia el consentimiento relacionado con la mujer, al que nos dedicaremos a continuación.

Especial referencia al consentimiento matrimonial emitido por la mujer:

Como hemos indicado anteriormente, la mujer no interviene en las negociaciones previas al matrimonio, y ha sido en este sentido en el que se justifica la intervención del walí en todo matrimonio so pena de nulidad del mismo.

⁴⁵ RUANO ESPINA, L., “Derecho e islam...”, cit., p.504.

⁴⁶ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., *Matrimonio Religioso y Unión Europea, Perspectivas Comparadas*, Punto Rojo, Sevilla, 2016, p.280.

⁴⁷ RUANO ESPINA, L., “Derecho e islam...”, cit., p.505.

El walí es quien ostenta el derecho de chebr sobre la mujer (normalmente será un hombre de su familia, ya sea su padre o su abuelo), si bien tal derecho que concede facultades de representación, y que le posibilitan para otorgar consentimiento matrimonial aun en contra de la opinión de la mujer, puede limitarse en función tanto de la edad de esta, por ser dicha edad tan elevada que no sea razonable que contraiga nuevo matrimonio, como por el hecho de su emancipación.

De este modo, ACUÑA GUIROLA entiende que la intervención del walí es una condición *sine qua non* de validez, a pesar de que la mujer tenga capacidad suficiente según Derecho⁴⁸. Si bien la intervención de este, es en aras a pactar las condiciones de la dote y demás cláusulas matrimoniales, y no tanto, en relación con la prestación del consentimiento, ya que desde que la mujer alcanza la pubertad o estando bajo el derecho de chebr, deja de ser virgen, debe otorgar el consentimiento por ella misma, y en ese sentido, algunos autores entienden que no se la puede casar sin su consentimiento, siendo considerado un principio general islámico⁴⁹.

Todo lo expuesto cabe ser matizado en función de la escuela a la que pertenezcan los contrayentes, puesto que no todas otorgan al walí las mismas funciones, y no todas prevén del mismo modo la intervención de la mujer en la prestación del consentimiento matrimonial.

3.3. La dote islámica

La dote se conoce en el derecho islámico como mahr o sadaq, podemos identificarla con la cantidad de dinero que el marido otorga a la mujer para la constitución del matrimonio. Decimos que la dote es propiedad privada de la mujer, de modo que va a poder disfrutar de ella discrecionalmente, aunque quien la reciba sea su walí cuando esté sometida a la tutela de este.

Respecto a su fundamento, varía en función de la escuela ante la que estemos, aunque todas asimilan el matrimonio a un contrato. De tal modo, su objeto es: para el marido, el

⁴⁸ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “Aproximación al...”, cit., p.593.

⁴⁹ ACUÑA GUIROLA, S., *El matrimonio islámico...*, cit., p.45.

derecho que va a tener sobre la mujer, es decir, el poder marital o isma; mientras que para la mujer consiste en la obtención del mahr⁵⁰.

Algunas escuelas como la malikí, consideran la dote un elemento esencial para la validez del matrimonio, siendo necesario que se fije su cuantía, para evitar que resulte irrisoria y, por ende, inexistente. No obstante, esta escuela permite que se fije con posterioridad a la celebración del matrimonio, y reconoce a la mujer el derecho a solicitar la nulidad matrimonial si no ha sido determinada. Por otra parte, hay otras escuelas de derecho para las que la fijación de la dote no supone que el matrimonio esté viciado⁵¹, como es el caso de los hanafitas, shafeitas y hanbalitas, quienes entienden que en ese caso la mujer tendrá derecho a recibir la dote de paridad o equivalencia⁵².

Respecto a las clases de dote, distinguimos entre:

- a) la dote negociada entre las partes contratantes y que se plasma en el acuerdo previo al matrimonio, denominada **dote convencional**.
- b) La **dote de paridad o equivalencia**, cuya cuantía se determina conforme a la costumbre (ya sea por la dote entregada a sus familiares o a las mujeres de su misma condición en su localidad).
- c) La **dote fiduciaria**, aquella acordada previamente a la celebración del matrimonio entre los esposos o sus representantes, estableciendo la cuantía de esta tras la consumación del matrimonio⁵³.
- d) La **dote arbitral**, que será establecida por un tercero elegido por las partes para su determinación.
- e) **Dote comisoría**, convenida por un mandatario cuando este ha recibido un mandato para concertar un matrimonio⁵⁴.
- f) **Dote por compensación**, cuando entre dos familias conciertan dos matrimonios debiendo entregar cada uno la dote al otro, compensándose la deuda. Parece

⁵⁰ MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, Ediciones Trea S.L., Gijón, 2005, págs.,211-215.

⁵¹ Ibidem, p.213.

⁵² COMBALÍA SOLÍS, Z, “Estatuto de...”, cit., p.14-20.

⁵³ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., *Matrimonio Religioso y Unión Europea*, cit., p.296.

⁵⁴ Ibidem, p.296.

evidente en este caso que la dote no es tal, pues no hay entrega a la novia de cantidad alguna, por ello, algunas escuelas como los malikies y hanbalíes consideran que dichos matrimonios son nulos⁵⁵.

Para la determinación de la dote deben valorarse y cuantificarse las condiciones y características de las que goza la mujer, y la capacidad económica del marido. Respecto al pago, lo habitual es que se entregue una parte una vez celebrado el matrimonio (naqd), y otra parte una vez que este se disuelve (Kali). La finalidad principal que se persigue con el pago diferido de la dote, es limitar el derecho que ostenta el marido para la disolución del matrimonio sin justificación, mediante el repudio.

Podemos concluir que, con carácter general, la dote es obligatoria en todo matrimonio islámico, aunque con ciertas diferencias entre unas y otras escuelas, sobre el momento de su determinación, cuantía, etc; siendo necesaria para la constitución de la institución matrimonial, de acuerdo con lo establecido en el propio Corán⁵⁶, y en un hadiz que dice: *“un casamiento sin dote es nulo, aun cuando dos padres se hubieran dado mutuamente sus hijas en matrimonio”*⁵⁷.

3.4. La forma de celebración del matrimonio islámico

Los requisitos formales exigidos por el derecho islámico para la validez del matrimonio van a depender, como en la mayoría de los casos, de la escuela a la que pertenezcan los esposos.

Cabe indicar que es en este punto en el que el matrimonio, pese a ser un contrato privado con trascendencia pública, está revestido de un cierto carácter religioso, ya que en la celebración se invoca a Dios, y se procede a la lectura de una serie de aleyas del Corán⁵⁸.

Generalmente, podemos establecer la necesidad de la presencia de testigos en la celebración del matrimonio (requisito no previsto como esencial para la validez en los

⁵⁵ MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, cit., p.211-215.

⁵⁶ Sura IV, aleya 4: “dad a vuestras mujeres su dote gratuitamente”.

⁵⁷ MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, cit., p.211-215.

⁵⁸ RUANO ESPINA, L., “Derecho e islam...”, cit., p.506.

matrimonios de la escuela chiíta), siendo obligatorio a modo de prueba tanto de la prestación del consentimiento, como del establecimiento de los pactos matrimoniales (en relación con la dote, la limitación de la poligamia, etc).

Los testigos deben ser dos varones de religión islámica, púberes y de buena conducta⁵⁹, aunque escuelas como los hanafitas, permiten también a las mujeres ser testigos matrimoniales.

Por otra parte, el derecho islámico no exige la presencia ni intervención de autoridad religiosa en el matrimonio⁶⁰, lo cual puede acarrear problemas en nuestro país, donde su presencia es obligatoria para la producción de efectos civiles. Así mismo, vemos cómo los países de mayoría islámica ya están exigiendo la intervención de una autoridad religiosa como el Mullah, el Qadí o Imán⁶¹, si bien, es una prescripción civil, que no va a suponer la nulidad matrimonial desde el punto de vista del Derecho islámico.

Otro requisito, que hemos mencionado anteriormente, es la intervención del walí en todo matrimonio, bajo pena de nulidad de este. En ese caso, podría subsanarse el matrimonio si posteriormente el walí o el qadí lo convalidan. Cabe indicar que el matrimonio, como todo contrato, suele celebrarse en la Mezquita, lugar al que tienen prohibida la entrada las mujeres, no pudiendo juntarse con los hombres, lo cual da sentido a esa intervención del walí (es la norma general, pues dependerá de la escuela ante la que estemos).

Como vemos, este punto presenta importantes desavenencias respecto a la celebración de este tipo de matrimonio en España, dónde se exigen unos requisitos formales más estrictos, que chocan con las previsiones de la Sharia. No obstante, es necesario que se cumpla con las obligaciones del legislador español para que el matrimonio adquiera efectos civiles y pueda acceder al registro civil (cuestión que trataremos más adelante).

⁵⁹ Ibidem, p.506.

⁶⁰ Ibidem, p.506.

⁶¹ ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., *Matrimonio Religioso y Unión Europea*, cit., p.297.

4. NULIDAD Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO ISLÁMICO

El matrimonio islámico, como comentábamos al principio del trabajo, es por naturaleza perpetuo, sin embargo, se prevé la posibilidad de su disolución de diversas maneras, que estudiaremos a continuación. Antes de ello, es preciso diferenciar entre matrimonio nulo, porque exista algún vicio o defecto relacionado con alguno de sus elementos esenciales, que no pueda ser subsanado; de matrimonio imperfecto, que puede ser subsanado o disuelto según los casos.

4.1. Matrimonio nulo:

El término empleado para referirnos a este tipo de matrimonio nulo es batil, que FELIPE MAÍLLO SALGADO define como “inválido, nulo y vacío de efecto”. De este modo, nos estamos refiriendo a un matrimonio inexistente, lo que conocemos como nulidad absoluta, puesto que no va a nacer a la vida jurídica y, por tanto, los efectos que se derivan de él están muy restringidos.

Hay que tener presente que, para determinar esta nulidad del contrato matrimonial, el Derecho islámico no otorga carácter esencial al consentimiento de los esposos, ni a la forma, pero sí que adquieren tal relevancia la dote, y la observancia de determinadas restricciones matrimoniales relativas a los impedimentos. Siendo esto así, son causas de nulidad absoluta:

- el contraer matrimonio violando los siguientes impedimentos: de consanguinidad, afinidad (sólo el primer grado en línea recta), y el hermanamiento de leche; el impedimento de disparidad de cultos; el impedimento de ligamen (siendo nulos para el varón el quinto y sucesivos matrimonios); el matrimonio entre una mujer y su exmarido cuando éste la hubiere repudiado tres veces; y el matrimonio con una mujer que no ha respetado el plazo de continencia debido;
- enfermedad grave;
- y, el matrimonio temporal o mut'á⁶².

La nulidad absoluta lleva aparejada el no reconocimiento de efectos a ese matrimonio, aunque con unas excepciones, de modo que se reconoce a la mujer el derecho a cobrar

⁶² Seguimos en este punto a ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., *Matrimonio Religioso y Unión Europea*, págs. 301-304.

la dote, íntegramente si se consumó el matrimonio, o la mitad de aquella, si no fue así. Además, la patria potestad de los hijos le corresponderá al padre.

4.2. Matrimonio imperfecto:

A diferencia del matrimonio nulo, el imperfecto, denominado fasid, hace alusión a un matrimonio viciado.

Este tipo de matrimonio no es considerado inexistente de pleno derecho, sino que puede ser subsanado por su consumación, ya que existe el principio general en el Derecho islámico según el cual, la consumación purga los vicios, convalidando la unión matrimonial. Ello supone que, si no se consuma el matrimonio, podrá disolverse.

Esta imperfección o nulidad relativa trae consigo una serie de efectos que la distinguen del matrimonio batil, en tanto que debe restituirse la dote, así como los regalos entregados con motivo de la celebración del matrimonio.

4.3. La disolución del matrimonio islámico:

El derecho islámico prevé la posibilidad de ruptura del vínculo matrimonial cuando la vida en común de los cónyuges es inviable. Podemos decir, que se trata del último recurso, cuando no es posible reconstruir la relación, pues hemos de tener presente, que una de las características del matrimonio islámico es la perpetuidad, lo que choca con esa posibilidad de ruptura. Aun así, la disolución está regulada, normalmente, de forma exhaustiva, lo cual no impide que, dependiendo de la escuela, se establezcan distintas modalidades de disolución.

La ruptura del matrimonio puede venir dada de diversas formas, ya sea por repudio, que puede ser unilateral o de común acuerdo; o por medio de la decisión de la autoridad judicial, es decir, mediante el divorcio. También sería un modo de disolución, el fallecimiento de uno de los esposos, si bien, esa disolución implica que sigan produciéndose determinados efectos, como, por ejemplo, algunos impedimentos matrimoniales derivados del vínculo anterior, y que impiden contraer matrimonio con familiares del cónyuge fallecido.

- El repudio:

Es una figura peculiar, dado que permite la disolución del vínculo matrimonial, sin que sea necesario alegar causa alguna. Además, dependiendo del tipo de repudio ante el que nos encontremos, veremos cómo puede ser ejercitado por uno de los cónyuges sin que sea necesario la intervención del otro, normalmente, será el varón, quien tenga reconocida tal facultad. Para poder emitir la formulación de repudiación, es preciso que el varón reúna los requisitos de capacidad para contraer válidamente matrimonio⁶³ (nos remitimos al apartado sobre la capacidad).

De ese modo, se conforma como una figura que colisiona con nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo cuando tiene que ser reconocido en España porque el matrimonio resida aquí. Conforme a la legislación española, la regla general para su reconocimiento es que no sea contrario al orden público, de modo que debe ser la mujer quien lo solicite, y, en ese sentido, entendemos que priman los intereses privados de la mujer (porque quiera contraer nuevo matrimonio en nuestro país, y de lo contrario no le sería posible, puesto que incurriría en un delito de bigamia tipificado en el art.217 del Código Penal⁶⁴), a fin de lograr la disolución de esa unión. En sentido contrario, cuando es el varón quien solicita el reconocimiento, el orden público español actúa de diferente forma, exigiendo que se hayan cumplido una serie de condiciones, como el respeto de los derechos de defensa de la contraparte (la mujer), que en la disolución haya intervenido una autoridad pública o judicial competente, etc. De modo que vemos una serie de exigencias mucho más estrictas para el reconocimiento de los efectos de esta figura en nuestro territorio, y ello, por las características propias de la figura, que es desconocida por nuestro sistema, basado este, en el principio de igualdad y legalidad, en el que los derechos de defensa y la tutela judicial efectiva juegan un papel primordial en todo proceso.

Una vez dicho lo anterior, haremos alusión a esas singularidades del repudio, conforme al derecho islámico. En primer lugar, el término empleado para referirse al repudio es *talaq*, que en árabe significa: “*verse libre de atadura*”⁶⁵; y supone la posibilidad de disolver el matrimonio de las siguientes formas: mediante la declaración unilateral del marido, por consentimiento mutuo de los cónyuges, o ante la autoridad judicial, el *qadí*.

⁶³ ESTÉVEZ BRASA, M.T., *Derecho civil islámico*, Buenos Aires, DEPALMA, 1981, p.374.

⁶⁴ «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁶⁵ MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, cit., p.398.

A su vez, el repudio puede ser revocable o irrevocable, lo que generalmente, dependerá del número de pronunciamientos de repudiación que haya llevado a cabo el marido.

Decimos que el repudio será revocable cuando se haya pronunciado la fórmula de repudio por primera vez, subsistiendo en ese caso, el matrimonio. Por el contrario, cuando el marido pronuncie tres veces dicha fórmula, la ruptura es definitiva.

En cuanto al divorcio, se permite a la mujer, solicitar ante la autoridad judicial la ruptura del matrimonio, de modo que, quien lo dicte, será el qadí, siempre que concurra una de las circunstancias previstas por el Derecho islámico. Es sobre dichas causas donde no hay consenso, pues cada escuela difiere en los motivos que facultan a la mujer para solicitar el divorcio. Además, también hay desavenencias en tanto si es necesario el consentimiento del esposo o no, para que el divorcio sea válido⁶⁶. A título de ejemplo, algunas de esas causas son: el encarcelamiento del esposo, la falta de pago de la nafaqa, el abandono del hogar familiar, los malos tratos hacia la esposa, etc.

Para concluir, el repudio es, hoy día, una figura que está presente en la práctica totalidad de países islámicos, en los que hay una gran regulación al respecto, cada vez más restrictiva, y que tiende a salvaguardar de la mejor forma posible la figura y posición de la mujer, por su especial situación en el organigrama familiar islámico (basado en una concepción patriarcal de la familia). Ejemplo de ello, es la prohibición del repudio en Túnez, y el reconocimiento de legitimación activa a la mujer para ejercer el repudio en Marruecos. Sin embargo, todo ese progreso, hay que enmarcarlo en el orden civil, de modo que la Sharía, como ley de carácter personal que acompaña al musulmán con independencia del lugar en el que se encuentre, va a seguir siendo de obligatorio cumplimiento.

5. EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO ISLÁMICO EN ESPAÑA

5.1. Sistema matrimonial español

Antes de entrar a analizar los efectos civiles del matrimonio islámico, es conveniente hacer un breve repaso histórico en relación con los cambios producidos en el sistema matrimonial español.

⁶⁶ Ibidem, págs.403-404.

Hasta el reinado de Felipe II, había libertad de forma para contraer matrimonio religioso, si bien el 12 de julio de 1564 se dicta una Real Cédula que instaura el matrimonio canónico con carácter obligatorio, sistema este que estará vigente hasta 1870 (durante la Primera República española), cuando se aprueba la Ley de 18 de junio, del matrimonio civil⁶⁷, basándose en la libertad de culto como principio fundamental establecido en la Constitución de 1869. Posteriormente se promulgó el Decreto de 9 de febrero de 1875 que restableció la forma canónica de celebración del matrimonio como la principal, conservando la civil con carácter excepcional. Junto con la citada ley, aparece una Instrucción del 19 de febrero, y la Real Orden del 27 de febrero de 1875, que exigían la declaración de apostasía para poder celebrar matrimonio civil. Años más tarde, se promulga el Código Civil de 24 de julio de 1889⁶⁸, cuyo art.42 instaura el modelo de matrimonio civil subsidiario.

En la Segunda República se promulga la Constitución de 9 de diciembre de 1931 que, junto con la Orden del 10 de febrero de 1932, implantó el matrimonio civil obligatorio⁶⁹. Para ser suplido en 1958 por la Ley de 24 de abril que establecía el carácter subsidiario del matrimonio civil⁷⁰.

El cambio más importante en el sistema matrimonial español viene provocado por la Constitución de 1978⁷¹ que reconociendo el derecho de libertad religiosa en el art.16, establece también la aconfesionalidad del Estado y el principio de cooperación con las distintas confesiones religiosas. En ese sentido, la Ley 30/1981, de 7 de julio⁷², modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, dando una nueva redacción al art.42 que pasó a ser el artículo 49, y que rezaba así: *"cualquier español podrá contraer*

⁶⁷ «BOE» núm. 175, de 24 de junio de 1870.

⁶⁸ «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889.

⁶⁹ Artículo 43 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931: *"La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges con alegación en este caso, de justa causa ..."*.

⁷⁰ Dando nueva redacción al citado artículo 42: *"La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la Religión católica. Se autoriza el matrimonio civil, cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la Religión católica"*.

⁷¹ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

⁷² «BOE» núm. 172, de 20 de julio de 1981.

matrimonio dentro o fuera de España: 1º. Ante el Juez o funcionario señalado por este Código. 2º. En la forma religiosa legalmente prevista ... "

En resumidas cuentas, podemos decir que nos encontramos ante un sistema que admite tres clases de matrimonio: civil, canónico y matrimonio civil celebrado en forma religiosa acatólica. Así, se reconocen efectos civiles a los matrimonios celebrados entre católicos, entre protestantes pertenecientes a la FEREDE, entre judíos adscritos a la FCJE, y entre musulmanes que formen parte de la CIE. Además, desde 2015 también tienen reconocidos efectos civiles los matrimonios entre personas pertenecientes a la Iglesia de Jesucristo de los santos de los últimos días (mormones), los testigos de Jehová, los miembros de la Federación de Comunidades Budistas de España y las Iglesias Ortodoxas, al gozar de notorio arraigo en España y estar inscritas en el Registro de Entidades Religiosas.

5.2. Normativa aplicable

Una vez vista la evolución del sistema matrimonial en España, y teniendo presente la actual configuración del instituto matrimonial, es preciso indicar el régimen concreto que regula la celebración del matrimonio en forma islámica en nuestro Estado.

En primer lugar, hay que recordar lo establecido en el art.16 CE, que establece la aconfesionalidad del Estado español, es decir, que el Estado reconoce el hecho religioso como un factor presente en la sociedad española, siendo necesaria su regulación. En este sentido, dicho artículo constitucional reconoce también el principio de libertad religiosa, que debemos vincular con el art.14 de dicho texto, en tanto que se debe desarrollar en un plano de igualdad, sin que quepa discriminación alguna por razón de religión. Siendo esto así, la igualdad debe entenderse como el trato igual ante las mismas situaciones, lo cual nos da la clave de las distinciones entre unas y otras confesiones, en función de los acuerdos celebrados con el Estado. Por otro lado, el art.32 CE determina que será la ley la que regule las formas de matrimonio, y el art.49 Cc permite la posibilidad de contraer matrimonio en la forma religiosa legalmente prevista, de modo que al ser el derecho a la libertad religiosa un derecho fundamental, insertado en el Título I de la CE, debe desarrollarse por ley orgánica. Así, nos encontramos con la LOLR, que reconoce expresamente en el art.2.1 b) el derecho que tiene toda persona a celebrar su rito

matrimonial, de acuerdo con las prescripciones de su confesión, con el límite del orden público. Se trata de un artículo clave que fundamenta, junto con lo establecido en el art.7 LOLR, la regulación del “matrimonio islámico” en España. El artículo en cuestión prevé la celebración de acuerdos de cooperación con aquellas confesiones inscritas en el registro de entidades religiosas (RER) que gocen de notorio arraigo en España, es decir, que, por su ámbito y número de creyentes, tengan una presencia relevante en el territorio español (condición que fue alcanzada por la religión islámica el 14 de julio de 1989, de acuerdo con la declaración de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia⁷³). Además, el apartado 1 de dicho artículo, establece que el acuerdo debe ser aprobado mediante ley de las Cortes Generales. En este sentido, nos encontramos con la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, donde se recoge el Acuerdo de Cooperación con la Comisión Islámica de España. El origen de la CIE, como órgano representativo de las Entidades islámicas en España, se encuentra en la división de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas (FEERI), de la que surge la Unión de Comunidades Islámicas, que se acaban integrando en dicha Comisión a fin de lograr una entidad con personalidad jurídica propia, inscrita en el RER, con la capacidad suficiente para llevar a cabo las negociaciones con el Estado español, que dieron como resultado el Acuerdo de Cooperación.

Este acuerdo atribuye, en el art.7, efectos civiles a los matrimonios celebrados conforme a la ley islámica, siempre que los contrayentes cumplan con los requisitos exigidos en el Código Civil. En este sentido, debemos decir que el pleno reconocimiento de efectos civiles exige la inscripción del matrimonio en el Registro civil correspondiente (art.61 Cc y 7.1 Acuerdo Cooperación con la CIE).

En definitiva, la normativa a aplicar para la validez en España del matrimonio islámico viene contenida en distintos cuerpos legales, concretamente, en: la Constitución Española de 1978 (arts.14, 16, 32), en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa [arts.2.1 b) y 7], en la Ley 26/1992 de 10 de noviembre (fundamentalmente en el art.7), y el Código Civil, que prevé los requisitos que deben darse para la validez de dicho matrimonio, en los arts.49, 59, 60, 61 y 63, que analizaremos en el siguiente apartado. También veremos los cambios efectuados por la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción

⁷³ RUANO ESPINA, L., “Derecho e islam”, cit., p.483.

Voluntaria⁷⁴, y por la Orden JUS/577/2016, de 19 de abril sobre la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios celebrados en forma religiosa, haciendo hincapié en el matrimonio en forma islámica⁷⁵.

5.3. Requisitos de validez

Una vez enunciadas las normas que contienen la regulación para la validez civil del matrimonio islámico en España, debemos determinar cuáles son esos requisitos. En este sentido, tanto el art.60 Cc como el art.7.1 LOLR, reconocen efectos civiles a dicho matrimonio, que conforme al art.61 Cc y al 7.1 del Acuerdo de Cooperación con la CIE, se producen desde el momento de la celebración de este, aunque, sólo son plenos con la inscripción del mismo en el Registro civil correspondiente, para lo cual, se requiere, conforme al Acuerdo de Cooperación con la CIE y la Ley de Jurisdicción Voluntaria, que medie el expediente previo que acredite la capacidad matrimonial de los contrayentes, así como que se cumplan una serie de requisitos en cuanto a la forma y a la prestación del consentimiento, en los que vamos a profundizar más adelante.

5.3.1. Expediente matrimonial previo

La exigencia de expediente prematrimonial en relación con el matrimonio celebrado conforme a la ley islámica, viene recogido en el ya citado Acuerdo de Cooperación con la CIE, en su art.7.2, que fue modificado por la Disposición Final séptima de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, quedando redactado de la siguiente manera: *“Las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la*

⁷⁴ «BOE» núm. 158, de 3 de julio de 2015.

⁷⁵ «BOE» núm. 97, de 22 de abril de 2016. Dicha Orden deroga la Orden del Ministerio de Justicia de 21 de enero de 1993 por la que se aprueba modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso, así como la Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

capacidad matrimonial. No podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicho acta o desde la fecha de la resolución correspondiente.”

Conforme a lo establecido en dicho artículo, podemos concluir que el expediente previo sólo es necesario si lo que pretenden los contrayentes es inscribir su matrimonio en el Registro Civil, a fin de que éste goce de plenos efectos civiles. En el mismo sentido, se pronuncia el artículo 4 de la Orden JUS/577/2016 de 19 de abril, así como el artículo 60.2 del Código Civil, lo cual constituye una diferenciación respecto a los Acuerdos con la FEREDE y la FCJE, donde se recoge la necesidad de expediente previo para la celebración del matrimonio en forma evangélica y judía⁷⁶.

De la lectura de los anteriores artículos podemos decir que las razones de la exigencia de expediente se encuentran en la obligación legal de comprobar que las personas que van a contraer matrimonio tienen la capacidad requerida por el ordenamiento español para su celebración, y no incurrir en ningún impedimento previsto por el Código Civil. A este respecto, y dadas las características propias del matrimonio islámico, ya habíamos visto la posibilidad de multiplicidad de vínculos y las especialidades en cuanto a su disolución, a través de figuras como la poligamia y el repudio, que tienen un difícil reconocimiento en nuestro Estado, de ahí, la necesidad de comprobar que no existen vínculos previos que no se hayan disuelto, o que lo hayan hecho incumpliendo las garantías que permitan su reconocimiento en España.

Respecto a quiénes pueden tramitar el expediente en cuestión, cabe hacer una distinción, de modo que, tras la reforma efectuada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, desde el 30 de junio de 2017⁷⁷, se encuentran facultados el Letrado de la Administración de Justicia, el Notario y el Encargado del Registro Civil del domicilio de alguno de los contrayentes, cuando el matrimonio se celebre en España. Sin embargo, para el matrimonio celebrado en el extranjero, se encuentran facultados para la tramitación del expediente, el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil.

⁷⁶ La obligatoriedad de expediente previo obedeció a una petición de la comisión negociadora confesional durante la redacción de los acuerdos, para garantizar la calificación registral, puesto que ya no habrá necesidad de examinar los requisitos de fondo a posteriori: FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.85, enero-abril 2009, págs.125-156.

⁷⁷ Disposición final séptima. Modificación de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

Por otra parte, mencionar que el expediente prematrimonial va a estar sometido a un plazo de caducidad de seis meses, de modo que, si los contrayentes cuya capacidad haya sido acreditada por una de las anteriores autoridades, no contraen matrimonio durante ese periodo de tiempo, deberán volver a someterse a otra evaluación sobre su capacidad para poder contraerlo.

Una vez realizado el expediente, y viendo que se cumplen las exigencias del Código Civil, el art.4 de la Orden JUS/577/2016, de 19 abril, indica que se expide por triplicado el acta o resolución previa de capacidad, para que los contrayentes se la entreguen al oficiante ante el que se van a casar, de modo que tenga la certeza de que las personas ante él presentes cumplen con todos los requisitos legales, y que el matrimonio que va a officiar es conforme a derecho.

5.3.2. Requisitos necesarios en el momento constitutivo del matrimonio

En este epígrafe veremos los requisitos formales que exige el legislador español para la celebración del matrimonio en forma religiosa islámica.

El requisito por antonomasia al que nos referiremos es el consentimiento matrimonial, clave en todo negocio jurídico, que puede prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste. De este modo, la Ley 26/1992 de 10 de noviembre, que contiene el acuerdo entre el Estado español y la CIE, prevé los requisitos que debe reunir.

En primer término, decir que, el matrimonio, como todo contrato, de acuerdo con el art.45 del Código Civil, exige para su constitución la prestación del consentimiento por las partes, es decir, los contrayentes. Decimos que el matrimonio es un contrato singular, donde el consentimiento ostenta una importancia fundamental, por ello, debe prestarse guardando una serie de garantías que aseguren que la intención de los contrayentes no es otra que celebrar un matrimonio, en una forma determinada (la religiosa islámica), y sin pretensiones contrarias al instituto matrimonial, o como un medio para lograr un determinado fin, que invaliden el matrimonio por no responder este a la voluntad real de los contrayentes. En definitiva, lo que se pretende, es evitar la simulación del matrimonio, así como que no concurren circunstancias que determinen la voluntad de las partes para emitir su consentimiento, por ejemplo, en el caso en el que

se preste por coacciones, miedo grave, o error (circunstancias estas que deben ser evaluadas a la hora de realización del expediente prematrimonial), ello porque el matrimonio afectado por alguna de estas circunstancias, será nulo, tal como establece el art.73 del Código Civil. También es preciso que quienes emitan su consentimiento en contraer matrimonio, lo hagan siendo conscientes del negocio que están realizando, es decir, que deben tener la aptitud necesaria para obligarse en ese sentido, y poder emitir en consonancia su intención de casarse, pues de lo contrario, el matrimonio sería nulo.

Por su parte, el art.45 de dicho código prevé que, *“la condición, término o modo del consentimiento se tendrá por no puesta”*. Lo cual se traduce en que debe prestarse libremente, a modo de garantizar que no existe defecto o vicio alguno.

En relación con la forma en que debe prestarse el consentimiento, el art.7.1 del Acuerdo de cooperación con la CIE, establece que: *“los contrayentes expresarán el consentimiento ante alguna de las personas expresadas en el número 1 del artículo 3 y, al menos, dos testigos mayores de edad.”*

Se prevé, así, una doble exigencia de validez formal del matrimonio: por un lado, la obligatoriedad de prestar el consentimiento ante el dirigente religioso islámico o ante el Imán de la Comunidad islámica de que se trate, y por otro, la presencia de dos testigos mayores de edad en ese momento.

Respecto al dirigente religioso o Imán, lo primero es determinar quién puede serlo, y cuáles van a ser sus funciones respecto a la celebración del matrimonio. Cabe indicar que la designación de tales personas es uno de los derechos que forman parte de la libertad religiosa, que se reconoce expresamente en el art.2.2 de la LOLR.

Primeramente indicar que el art.3.1 del Acuerdo entre la CIE y el Estado español, establece que *“a los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades a que se refiere el artículo 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la Comisión Islámica de España”*. Ello nos da una primera idea sobre quién reúne las condiciones para poder oficiar el matrimonio islámico en España, que requiere de una acreditación por la CIE a la par que realiza una serie de actividades relacionadas con la formación y asistencia religiosa. Si bien es

necesario completarlo con lo establecido en el art.18 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas⁷⁸, que al final de su apartado 1 prevé la necesidad de que los dirigentes religiosos habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles, como es el matrimonio, tengan que estar anotados en dicho Registro. Ahora bien, no podemos afirmar que ese requisito esté relacionado con la validez del matrimonio, dado que ni el Código Civil ni la Ley del Registro Civil prevén tal exigencia, de modo que el matrimonio celebrado ante un dirigente religioso o Imán no inscrito en el RER será válido y, por tanto, desplegará los efectos civiles oportunos (que para ser plenos deberá acceder al Registro Civil).

El otro requisito formal es la presencia de dos testigos mayores de edad en el momento de prestación del consentimiento por los contrayentes. El fundamento de esta exigencia legal reside en dotar al acto constitutivo del matrimonio de las mayores garantías posibles, de ahí la necesidad de la mayoría de edad, pues ello supondrá, en la mayoría de los casos, que tienen la capacidad suficiente como para entender lo que está aconteciendo ante ellos, pudiendo dar un testimonio certero sobre la actuación de los contrayentes en cuanto a la prestación del consentimiento en unirse en matrimonio con el otro, de forma libre y consciente.

Ambos requisitos formales tienen una especial relevancia en el matrimonio celebrado en forma islámica, en tanto que la ley dice reconocer efectos civiles a los matrimonios celebrados conforme a la ley islámica, la cual, habíamos visto, no presta demasiada atención al cumplimiento de tales requisitos, en tanto que el consentimiento, sobre todo en el caso de la mujer, puede ser suplido y prestado por el walí como su representante. En cuanto a los testigos, si bien son un requisito que prevé también la ley religiosa, no se establece la obligatoriedad de la mayoría de edad, sino otras condiciones vinculadas con su condición personal y confesional. No obstante, en el Acuerdo con la CIE se plasman tales exigencias para poder dotar al matrimonio así celebrado de efectos civiles en España, donde priman una serie de principios contrapuestos a los presentes en el sistema jurídico islámico. A pesar de ello, no se desvirtúa el rito matrimonial musulmán, sino que entiendo, se busca un acomodo en nuestro sistema, de ahí la relevancia que se le da al consentimiento y a la forma, dejando de lado la dote, considerada indispensable por la ley islámica. No obstante, no se prohíbe, sino que será

⁷⁸ «BOE» núm. 183, de 1 de agosto de 2015. Corrección de errores en BOE núm. 284 de 27 de noviembre de 2015.

una cuestión que quede para el ámbito privado de los contrayentes, así como el cumplimiento de otras exigencias propias de la ley islámica, siempre que no contravengan el orden público español.

5.3.3. Inscripción en el Registro Civil

Una vez hemos visto cómo ha de realizarse el expediente prematrimonial, y cumplidos los requisitos formales a la hora de prestar el consentimiento, veremos de qué modo debe inscribirse el matrimonio celebrado en forma religiosa islámica para que pueda desplegar plenos efectos civiles, de acuerdo con el art.61 del Código Civil y el 7.1 del Acuerdo de cooperación con la CIE.

Celebrado el matrimonio en la forma religiosa islámica, dentro de los seis meses desde la expedición del acta o la resolución sobre la capacidad matrimonial de los contrayentes, ante el dirigente religioso o Imán debidamente acreditado por la CIE, e inscrito en el RER, y ante dos testigos mayores de edad, se procede por el representante de la Comunidad Islámica donde se hubiera contraído el matrimonio, a extender una certificación expresiva de la celebración del mismo, en la que consten los requisitos necesarios para su inscripción, la identidad de los testigos, así como las menciones de las circunstancias del expediente, que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso.

Dicha certificación debe remitirse por medios electrónicos, si bien hasta la entrada en vigor del reglamento que regule la forma de remisión por tales medios, se enviará, junto con la certificación acreditativa de la capacidad del representante de la Comunidad Islámica para celebrar matrimonios, dentro del plazo de cinco días, al Encargado del Registro Civil competente.

El oficiante extenderá en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial, diligencia expresiva de la celebración del matrimonio, entregando una a los contrayentes y conservando la otra como acta de la celebración en el archivo de la

Comunidad⁷⁹. Dichas certificaciones deben adecuarse a los modelos previstos en los Anexos a la Orden JUS/577/2016 de 19 de abril, de acuerdo con su artículo 5.

Por último, mencionar, tal como indica el artículo 63 del Código Civil, que la práctica del asiento puede denegarse si el matrimonio no reúne los requisitos de validez ya mencionados, de acuerdo con los documentos o asientos del Registro Civil. Sin embargo, los derechos adquiridos de buena fe por terceros, no se verán afectados por tal circunstancia.

Una vez visto lo anterior, tenemos ya todas las herramientas necesarias para poder determinar el modo en que debe procederse a la celebración del matrimonio en forma religiosa islámica para que produzca plenos efectos civiles en España. De modo que se han acordado con la CIE los requisitos a cumplir con los contrayentes, que pese a diferir en parte de la ley islámica, como ya mencionamos, no perturba ni desvirtúa la institución matrimonial prevista por la Sharia.

6. EL MATRIMONIO ISLÁMICO Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE PRESIDEN LA REGULACIÓN DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

En este apartado vamos a ver el modo en que puede conciliarse, o no, la regulación que hace la ley islámica del matrimonio con los principios previstos por la Constitución Española de 1978.

Para comenzar, es necesario atender al modo en que el Derecho español regula el instituto matrimonial. En este sentido, podemos decir que uno de los principios base respecto al matrimonio es el contenido en el art.14 CE, que proclama el principio de igualdad en los siguientes términos: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. De igual modo

⁷⁹ Artículo 7.3 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, que ha sido modificado por la Disposición Final séptima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, siendo aplicable a aquellos matrimonios celebrados a partir del 30 de junio de 2017. En el mismo sentido, el artículo 5 de la Orden JUS/577/2016 de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso.

se pronuncia la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos de 1981. Ahora bien, debido a la concepción patriarcal de la familia, esa igualdad debe matizarse, ya que también establece una serie de distinciones provenientes de la posición que ocupa cada cónyuge en el matrimonio. En este sentido, la citada Declaración de Derechos prevé que *“en el seno de la familia, los hombres y las mujeres deben repartirse las obligaciones y derechos de acuerdo con su sexo, sus aptitudes, talento e inclinaciones naturales, teniendo en cuenta sus responsabilidades comunes respecto a sus hijos y padres”*. Ello puede contravenir las prescripciones civiles, en tanto que el art.66 del Código Civil señala que *“los cónyuges son iguales en derechos y deberes”*, mientras que para la ley islámica el varón, como ya vimos, es quien participa activamente en la esfera pública, encargándose del mantenimiento económico de la familia, quedando el papel de la mujer relegado a la esfera privada, contribuyendo a la formación y educación de los hijos, y al cuidado del hogar. De este modo, observamos un choque entre las previsiones del Derecho islámico y la normativa española, en tanto que el varón está dotado de una serie de prerrogativas que chocan con nuestra concepción de igualdad. Veíamos que el varón tiene facultades extraordinarias respecto a la esposa, por ejemplo, la posibilidad de disolver el vínculo de forma unilateral mediante el repudio, sin necesidad de alegar causa alguna, o la de contraer matrimonio con hasta cuatro mujeres, facultad esta que no dispone la mujer. Además, puede contraer matrimonio con mujeres de distintas creencias, concretamente con judías y cristianas. Por el contrario, la esposa se ve perjudicada por dicha concepción patriarcal de la familia, en tanto que ostenta una posición de subordinación que puede frenar su desarrollo personal y profesional, limitando sus habilidades, mientras que el hombre interviene de forma activa en la vida económica y social. Además, ya comentamos que la mujer sólo puede contraer matrimonio con un único varón musulmán.

Por su parte, el Derecho Civil español establece una serie de normas que rigen cómo debe desarrollarse la relación matrimonial, en la que prima el respeto y la ayuda mutua entre los cónyuges, siempre en busca del interés de la familia, tal como reza el art.67 Cc. Además, si atendemos a lo establecido en el art.68 Cc, se habla de la constitución de una vida en común, obligando a los cónyuges a *vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*. Todo esto puede resultar incompatible con la visión del Derecho islámico

sobre el matrimonio, en la que cada cónyuge, por razón de su sexo, tiene atribuidas una serie de funciones dentro del matrimonio, lo que vulneraría dicho principio de igualdad.

Por otro lado, ya dijimos que el requisito por antonomasia para la constitución del vínculo matrimonial en España es el consentimiento, que debe ser emitido libremente por ambos cónyuges. Sin embargo, aunque el derecho islámico también prevé el consentimiento como un requisito, dependiendo de la escuela ante la que nos encontremos, y el autor al que consultemos, veremos que se le otorga distinta relevancia. Así, para algunos tiene carácter imperativo, incluso en el caso de la mujer, mientras que para otros es dispositivo, no constituyendo un elemento esencial, y, por lo tanto, puede suplirse por el tutor de la mujer, incluso podría prestarlo aun en contra de su voluntad. Siendo esta última postura la más compartida por la doctrina, es imperante buscar su acomodo en el derecho español. Para ello, partimos de que ambos sistemas conciben el matrimonio como un contrato, de modo que podemos entender la necesidad de que concurran requisitos distintos en cada derecho para su constitución. Ahora bien, se trata de un contrato especial, en el que la voluntad, si cabe, goza de mayor relevancia, en tanto que lo que se pretende en ambos sistemas es la creación de una vida común entre dos personas, que tiende a la formación de la familia. Sin embargo, debido a la especial posición del varón en la cultura islámica, es él quien tiene que manifestar su consentimiento para celebrar todo acto jurídico, no así la mujer, cuya función se encuentra limitada a la esfera privada del hogar y la familia. Teniendo en cuenta esa concepción, que puede resultarnos extraña, no debemos olvidar que se trata de un sistema jurídico distinto, que responde a una cultura basada en las prescripciones del Corán, que se apoya en principios dispares a los nuestros, de modo que presenta una contradicción respecto al principio de igualdad, pero también se enfrenta a la limitación que hace el Código Civil en el art.71 cuando dice que *“ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”*, pues como vimos en anteriores epígrafes, el varón, ya sea el padre o el pariente varón más próximo a la mujer, tiene atribuidas amplias facultades de representación de esta, pudiendo concertar su matrimonio, incluso en contra de su voluntad. En definitiva, todo matrimonio constituido y dotado de esas características, vulneraría la Constitución y el orden público español, por ello, para producir efectos civiles, el matrimonio celebrado en forma islámica debe respetar los mandatos del legislador español.

En relación con la libertad religiosa⁸⁰ del art.16 CE, vemos cómo se conjuga con el principio anterior de igualdad y no discriminación, al establecerse implícitamente la aconfesionalidad del Estado español⁸¹, reconociendo la existencia del hecho religioso como factor social, y regulando, a través de una serie de acuerdos con las distintas confesiones, las normas que regirán el matrimonio, dando cumplimiento al mandato constitucional previsto en el art.9.2: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”, también se cumple de ese modo con el principio de cooperación recogido en el art.16.3 CE, que obliga a los poderes públicos a que tengan en cuenta de forma específica las creencias religiosas de la sociedad española⁸², y que se traduce en los citados Acuerdos de Cooperación.

Ese derecho de libertad religiosa que proclama la Constitución se desarrolla a través de la ya citada LOLR, estableciendo la posibilidad que tienen las distintas confesiones como derecho individual y colectivo de los creyentes a llevar a cabo sus propios ritos matrimoniales. También la Constitución precisa en el art.32 el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio en plano de igualdad para el hombre y la mujer, así como diversos textos internacionales, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art.16), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art.23), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (art.10), inclusive la ya citada Declaración Islámica Universal de Derechos Humanos de 1981 en su art.19. Sin embargo, no podemos pensar que se trata de un derecho ilimitado, sino que la propia LOLR en su art.3.1, establece el orden

⁸⁰ Sobre el principio de Libertad Religiosa, entre otros, Cfr.: COELLO DE PORTUGAL, J.M^a., “La Libertad Religiosa de los Antiguos y la Libertad Religiosa de los Modernos”, *Revista de derecho UNED*, Nº 7, 2010, págs.169-230. GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad religiosa en España: colaboración entre Estado y confesiones religiosas”, *Encuentros multidisciplinares*, Vol.10, Nº 30, 2008, págs.2-12. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “La libertad religiosa en España”, *Derecho y religión*, Nº 7, 2012, págs.6-32.

⁸¹ Sobre el principio de aconfesionalidad o laicidad positiva, entre otros, Cfr.: FERRER ORTÍZ, J., “La laicidad positiva del Estado. Consideraciones a raíz de la resolución “mujeres y fundamentalismo”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 10-11, 2002, págs. 51-60. POLO SABAU, J.R., “El artículo 16 de la Constitución en su concepción y desarrollo”, *Revista de derecho político*, Nº 100, 2017, págs.311-345.

⁸² GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad religiosa...”, cit., p.8.

público como límite al ejercicio de la libertad religiosa, límite este que abarca *“la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública”*.

Ahora bien, si nos ceñimos a lo que prevé la ley islámica en relación con el matrimonio, parece evidente que sus prescripciones no se ajustan a nuestro sistema, lo que podría suponer la nulidad del matrimonio por la presencia de ciertas irregularidades insalvables para nuestro derecho, como la ausencia de la necesidad de la prestación del consentimiento, o su emisión por persona distinta a los contrayentes, a través del tutor de la mujer, el walí. También en cuanto a los requisitos sobre la capacidad matrimonial, que no sólo no exigen la tramitación de un acta que verifique que las personas dirigidas a casarse poseen la aptitud necesaria para llevar a cabo tal negocio jurídico, sino que es suficiente con que hayan alcanzado la pubertad, lo que abre la puerta a matrimonios entre menores de edad, algo impensable con lo establecido en nuestro Código Civil, que prohíbe el matrimonio cuando alguno de los contrayentes sea menor de edad (quedando a salvo la posibilidad de dispensa en determinados casos, para los menores mayores de 16 años). De forma opuesta, hay ciertos impedimentos previstos en la ley islámica, como el citado impedimento de culto dispar, que no tienen cabida en nuestro ordenamiento, en tanto que constituye una violación del derecho a la libertad religiosa⁸³, así como otros impedimentos previstos únicamente respecto de la mujer, en relación con el establecimiento de una serie de plazos para poder volver a contraer matrimonio. En este sentido, fue necesario ajustar las especialidades islámicas a los requisitos de validez previstos en el Código Civil, marcando una serie de mínimos que permitiesen a los musulmanes poder ejercer el mencionado derecho de libertad religiosa en el territorio español, concretamente, respecto a la posibilidad de realizar sus ritos matrimoniales, sin incurrir en alguno de los impedimentos que prevé dicho Código. Para ello fue preciso que se respetasen una serie de normas en cuanto a la forma, que en el Derecho islámico tienen carácter dispositivo y se prevén mucho más laxas. Por ejemplo, respecto a la presencia de testigos, no exige que sean mayores de edad, pero sí que sean púberes y de buena conducta, que sean varones y profesen la religión musulmana. Ello no sería

⁸³ BRIONES MARTÍNEZ, I.M., “El interdisciplinar impacto del Islam en España”, *Droit et Religions*, Vol.6, 2012-2013, págs.189-219.

posible en nuestro sistema, porque atentaría contra el principio de igualdad, al no poder ejercer de testigos las mujeres ni las personas de creencia distinta a la musulmana. También es necesaria la presencia de un dirigente religioso o Imán, al que se dota de una serie de facultades que el propio Derecho islámico no regula ni contempla, siendo necesaria su presencia como oficiante del enlace, y testigo cualificado para la recepción de la prestación del consentimiento.

Es cierto también, que otros requisitos, calificados de indispensables por el Derecho islámico, no se prevén por la normativa española, por su difícil acomodo en nuestro derecho estatal. Es el caso, por ejemplo, de la dote, entregada a la mujer por la especial situación en la que la posiciona el matrimonio islámico, y que sin embargo, en nuestro país, no podría exigirse de igual modo, como un acto previo que condiciona la existencia del matrimonio, en tanto que el mismo nacería viciado. Por esta razón, algunos autores piensan que se desvirtúa el matrimonio tal como lo prevé el Derecho islámico, sin embargo, entiendo que lo que opera es una conciliación entre ambos sistemas, para dar solución a una demanda social existente en España, donde el colectivo musulmán tiene una gran presencia. De ese modo, se hace posible satisfacer sus necesidades en cuanto a la celebración de determinados ritos, adaptándose a la cultura occidental española. Decimos pues, que el derecho a contraer matrimonio, cuando se ejerce en situación de migrante, se topa con diferentes obstáculos, como son las diferencias ideológicas en la concepción del matrimonio entre el Estado de origen y la sociedad receptora, que se traducen en la imposición jurídica de una opción ideológica en torno al matrimonio y la pretensión del país de origen de que su ideología acerca del matrimonio acompañe a sus nacionales, otorgando validez a aquellos matrimonios realizados en el extranjero bajo la forma islámica⁸⁴. Para evitar dicha imposición, y fundado en el derecho de libertad religiosa y de cooperación, se llegó a ese acuerdo sobre los requisitos que debía reunir el matrimonio islámico para producir efectos civiles y poder acceder al Registro, lo cual no obsta para que aquellas personas que profesen la religión islámica en España y no están conformes con lo establecido por el legislador español, opten por celebrar sus ritos de acuerdo con lo establecido en la Sharia, del modo en que vimos, siempre que se haga respetando el orden público, lo que impediría cualquier anomalía en la prestación del consentimiento, etc. Tanto es así que,

⁸⁴ LEMA TOMÉ, M., “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, *Migraciones internacionales*, Vol. 2, Nº 2, 2003, págs.149-170.

de las 1665 entidades musulmanas inscritas en el RER, pertenecen a la CIE 1313⁸⁵, es decir, que cerca de cuatrocientas entidades no se ven beneficiadas por el Acuerdo de Cooperación, de modo que el matrimonio de las personas pertenecientes a tales entidades no surtirá efectos civiles en España.

Uno de los aspectos más problemáticos y de más difícil conciliación con nuestro sistema jurídico es el carácter poligámico del matrimonio islámico, que no sólo supone una vulneración del principio de igualdad entre hombres y mujeres, sino que también se prevé como un impedimento para contraer nuevo matrimonio, de acuerdo con el art.46 Cc, además de un delito de bigamia tipificado en el art.217 CP. Si pensamos en cómo puede conciliarse este aspecto entre ambos ordenamientos, ya comentamos el carácter dispositivo de la bigamia dentro del matrimonio islámico, donde cada vez se realizan más acuerdos prematrimoniales en atención a limitar esa facultad de la que dispone el marido, evitando así desnaturalizar la institución, por lo que simplemente se limita ese aspecto en pro de salvaguardar lo recogido por la Constitución, teniendo presente lo recogido en el art.10, al exigir una interpretación de tales derechos conforme a los textos internacionales ya mencionados, con el objetivo de establecer los límites y condiciones para su ejercicio.

Otro de los puntos a tratar cuando estudiamos el matrimonio, es su disolución. En este sentido, figuras como el repudio unilateral tienen una difícil aceptación por nuestro derecho interno, de modo que no sería posible la ruptura del vínculo en nuestro país de forma unilateral por el esposo, con la sola pronunciación del acto de repudiación, sino que debe ajustarse a un proceso con todas las garantías para ambas partes, evitando que se produzcan situaciones de indefensión⁸⁶, como podría suceder si nos encontrásemos en un Estado de corte islámico. No obstante, es cierto que en España se han reconocido sentencias judiciales de repudio, pero para ello es necesario, como ya comenté, que la iniciativa del reconocimiento parta de la mujer repudiada, a fin de posibilitar la disolución del vínculo anterior, abriéndole la posibilidad de contraer nuevas nupcias sin

⁸⁵ Datos consultados el 24 de marzo de 2018.

⁸⁶ A fin de garantizar el cumplimiento del artículo 24 de la Constitución Española de 1978.

incurrir en un impedimento⁸⁷, entendiendo, en tales casos, que no se vulnera el orden público internacional español previsto en el art.12.3 Cc.

Por último indicar, ya al margen de lo que es estrictamente el matrimonio pero ligado a la institución, que en cuestiones de Derecho de familia también está presente la constante vulneración de los principios constitucionales como el de igualdad, en tanto que el Derecho islámico prevé importantes diferencias entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, pero también respecto a los derechos de los progenitores, dotando al padre de prerrogativas respecto a la madre, que se incrementan cuando ésta no profesa la religión musulmana, así, la patria potestad corresponde al padre, mientras que la madre sólo posee la facultad de tutelar a los menores. A su vez, la madre puede perder los derechos que le otorga la ley islámica si el matrimonio se disuelve y tuviera malas costumbres o no profesase la religión musulmana⁸⁸. También a la hora de heredar se presentan diferencias dependiendo de si se es varón o mujer, o hijo legítimo o ilegítimo. Todas estas cuestiones nos dan una idea de la gran diferencia entre el ordenamiento islámico y el español, y sin embargo, es necesario llegar a acuerdos y concesiones que permitan a las personas desarrollar sus derechos de libertad religiosa y de conciencia, derechos que, a su vez, son concebidos por tales sistemas de forma distinta. En definitiva, podemos afirmar que no es posible la conciliación total entre ambos sistemas, aunque respecto al matrimonio se ha llegado a un punto de encuentro que permite su reconocimiento en nuestro ordenamiento, cumpliendo con los mandatos constitucionales y civiles, donde cobra una especial importancia el Acuerdo de Cooperación entre el Estado español y la CIE.

7. BREVE REFERENCIA A LA STS 121/2018, DE 24 DE ENERO

En este apartado, procederemos a comentar lo establecido en la STS 121/2018 de 24 de enero, debido a las discrepancias suscitadas en la doctrina por un posible reconocimiento de la poligamia.

En primer término, indicar que la sentencia que aquí nos ocupa resuelve un recurso de casación (nº 98/2017) interpuesto por una de las esposas de un ciudadano marroquí

⁸⁷ En ese sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 21 de abril de 1998.

⁸⁸ BRIONES MARTÍNEZ, I.M., “El interdisciplinar...”, cit., p.203.

beneficiario de una pensión con cargo al Estado español por haber trabajado como personal saharauí en la Policía Territorial del Sahara. De tal modo que, al verse vulnerada en su derecho a recibir la pensión de viudedad, la cual sólo recibía la primera esposa, solicita que se le reconozca dicho derecho. Así las cosas, el problema de fondo que a nosotros interesa, radica en el posible reconocimiento de la poligamia al fallar el TS en favor de la demandante, entendiendo que ambas esposas gozan del derecho a recibir la pensión, dividiendo la cuantía en partes iguales para ambas. En este sentido, podemos comprobar que el TS, en la fundamentación de la sentencia, aboga por limitar la aplicabilidad del orden público en el caso concreto, y apoyándose en lo establecido en el Real Decreto 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado⁸⁹, y en el art.23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 de noviembre de 1979⁹⁰, entiende que la demandante ostenta la condición de beneficiaria de la pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado, ya que el artículo en cuestión permite que, por vía interpretativa, se extienda tal condición a todas las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas, en una situación de poligamia, con el causante perceptor de una pensión con cargo al Estado español que tenga origen marroquí, y que fuesen beneficiarias de la pensión según la normativa marroquí.

El problema radica en determinar si tal reconocimiento lleva implícito un cierto reconocimiento de la poligamia, o si la interpretación que hace el TS del concepto de orden público supone su no aplicabilidad en el caso concreto. Cabe mencionar también, la existencia de un voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, al que se adhiere D. Jorge Rodríguez Zapata, mostrando su disconformidad con el fallo en tanto que entiende se hace una interpretación extensiva, cuando debía ser restrictiva, de lo establecido en el citado convenio en relación con el art.38 de la Ley de Clases Pasivas. Esto abre la puerta a una flexibilización excesiva de lo que debemos entender por orden público y a una posible fragmentación del instituto matrimonial.

Sin embargo, entiendo que no puede decirse que el TS reconozca, siquiera implícitamente, las uniones polígamas, sino que realiza una ponderación de los derechos

⁸⁹ «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 1987.

⁹⁰ «BOE» núm. 245, de 13 de octubre de 1982.

que están en juego, dando prioridad al principio de igualdad, que se veía altamente comprometido en el caso concreto, pues ante una misma situación de derecho, siendo ambas, esposas del causante conforme a la ley marroquí, se estaría primando a la primera frente a la segunda. Además, el TS entiende que en el caso concreto, no puede oponerse al reconocimiento del derecho de la segunda esposa apoyándose en que la poligamia prevista por la ley marroquí es contraria al orden público (art.12.3 Cc), puesto que prima lo establecido en el art.23 del mencionado convenio con Marruecos por su especial posición en el ordenamiento español de acuerdo con el art.96 CE, entendiendo así, que lo que subyace es el reconocimiento de un concreto efecto en relación con los matrimonios polígamos, que es el derecho de las esposas a ser reconocidas como beneficiarias de la pensión de viudedad, sin que ello suponga reconocer la poligamia, lo cual sí vulneraría el citado orden público⁹¹.

Por último, indicar que este tipo de pronunciamientos en los que se reconocen ciertos efectos jurídicos a matrimonios polígamos no son nuevos en España, sino que del mismo modo se pronunció ya el Tribunal Superior de Galicia en la sentencia del 2 de abril de 2002 (AS 899/2002), reconociendo el derecho de las esposas de un senegalés a percibir la pensión de viudedad por partes iguales. Para ello se optó por hacer una interpretación “flexible” y matizada del orden público⁹².

8. CONCLUSIONES

Para finalizar el trabajo, podemos destacar a modo de conclusiones las siguientes ideas:

Primero. Todo creyente musulmán se ve obligado por el Derecho islámico, dotado de importantes connotaciones religiosas, que regula todos los aspectos de la vida del creyente. Por ello, a la hora de contraer matrimonio, debe tener presente las especialidades que se prevén para su constitución, donde cobra especial importancia la dote, quedando la capacidad, el consentimiento y la forma en un segundo plano.

Segundo. La religión musulmana tiene una gran presencia en España, por ello el legislador español se ve obligado a satisfacer las exigencias de esa parte de la población,

⁹¹ De tal modo se pronuncian, entre otras, las STS de 13 de julio de 2004, de 10 de junio de 2009 y de 4 julio de 2011.

⁹² LEMA TOMÉ, M., “Matrimonio poligámico, inmigración...”, cit., p.165.

cumpliendo así con el principio de Libertad religiosa y de Cooperación establecidos en el art.16 CE, y que derivaron en el Acuerdo con la CIE, aprobado por la Ley 26/1992, de 10 de noviembre.

Tercero. Siendo lo anterior como hemos mencionado, se plasman en el art.7 del citado Acuerdo de Cooperación los requisitos que han de darse para dotar de efectos civiles al matrimonio contraído en forma islámica. Para ello, fue preciso que ambas partes llegasen a una conciliación entre los mandatos de la Sharia y los principios y valores constitucionales, de modo que el consentimiento fuese requisito esencial para la constitución del matrimonio, debiendo ser emitido libremente por los contrayentes. También se exigen requisitos en cuanto a la forma en que debe prestarse: ante un dirigente religioso o Imán, y ante dos testigos mayores de edad.

Cuarto. El pleno reconocimiento de efectos civiles exige la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Para ello, es preciso la tramitación de un expediente previo sobre la capacidad matrimonial de los contrayentes, a fin de verificar que tienen la aptitud necesaria para prestar consentimiento y comprender la trascendencia del negocio jurídico que están llevando a cabo, así como evitar que incurran en alguno de los impedimentos establecidos en el Código Civil.

Quinto. La facultad, reconocida por la ley islámica, de repudio, queda prohibida en nuestro Estado en tanto que constituye una vulneración del principio de igualdad y resulta contraria al orden público, quedando a salvo los posibles reconocimientos de este tipo de disoluciones cuando quien lo solicita es la mujer repudiada a fin de poder contraer nuevo matrimonio en España sin incurrir en un delito de bigamia, tipificado en el art.217 CP.

Sexto. La conciliación entre ambas concepciones del matrimonio hace necesaria la negativa ante el reconocimiento de situaciones de poligamia, por ser contraria a los valores y principios sobre los que se asienta el sistema español (no sólo jurídico sino también social), sin que ello suponga vulnerar el principio de libertad religiosa, que debe ponderarse siempre con el resto de principios informadores del ordenamiento. Por ello, a través del Acuerdo de Cooperación, se logra satisfacer a una parte importante de los creyentes musulmanes, reafirmando de este modo que España es un Estado aconfesional, que reconoce el hecho religioso como factor social, y actúa en consecuencia a través de la cooperación y colaboración con las distintas Iglesias,

Confesiones y Comunidades religiosas, concretamente con la Comisión Islámica de España.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., “Aproximación al Matrimonio musulmán en la Sharía”, *Ius Canonicum*, XLII, Nº 84, 2002.
2. ACUÑA GUIROLA, S, y DOMÍNGUEZ BARTOLOMÉ, R., *Matrimonio Religioso y Unión Europea, Perspectivas Comparadas*, Punto Rojo, Sevilla, 2016.
3. ACUÑA GUIROLA, S., *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.
4. BORRÁS, A. y MERNISSI, S., *El islam jurídico y Europa*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998.
5. BOTIVEAU, B., “Derecho islámico: de lo político a lo antropológico”, *El islam jurídico y Europa*, Icaria Antrazyt, Barcelona, 1998, p.55.
6. BRIONES MARTÍNEZ, I.M., “El interdisciplinar impacto del Islam en España”, *Droit et Religions*, Vol.6, 2012-2013.
7. COELLO DE PORTUGAL, J.M^a., “La Libertad Religiosa de los Antiguos y la Libertad Religiosa de los Modernos”, *Revista de derecho UNED*, Nº 7, 2010.
8. COMBALÍA SOLÍS, Z, “Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres* Nº6, 2001.
9. DIAGO DIAGO, M.^a del P., “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado español”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres* Nº6, 2001.
10. ESTÉVEZ BRASA, M.T., *Derecho civil islámico*, Buenos Aires, DEPALMA, 1981.
11. FERNÁNDEZ CORONADO, A., “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.85, enero-abril 2009.
12. FERRER ORTÍZ, J.,” La laicidad positiva del Estado. Consideraciones a raíz de la resolución "mujeres y fundamentalismo", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 10-11, 2002.

13. GARCÍA GARCÍA, R., “La libertad religiosa en España: colaboración entre Estado y confesiones religiosas”, *Encuentros multidisciplinares*, Vol.10, Nº 30, 2008.
 14. LEMA TOMÉ, M., “Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España”, *Migraciones internacionales*, Vol. 2, Nº 2, 2003.
 15. Libro del matrimonio del Sahih Muslim traducido por Abdu Rahmân Colombo Al-ÿerrâhî.
- Obtenido de: https://www.webislam.com/media/2011/11/49476_sahih_muslim.pdf
16. MAÍLLO SALGADO, F., *Diccionario de Derecho islámico*, Ediciones Trea S.L., Gijón, 2005.
 17. MARTÍN DE HIJAS Y MUÑOZ, P., “Lo permanente en el Derecho musulmán y las tendencias modernas en el Islam”, *Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, Madrid, 1968.
 18. MARTÍN SÁNCHEZ, I., “La libertad religiosa en España”, *Derecho y religión*, Nº 7, 2012.
 19. MARTOS QUESADA, J., “El Corán como fuente de derecho en el Islam”, *Cuadernos de historia del derecho*, 2004, vol. 11.
 20. PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer el derecho islámico”. Artículo doctrinal publicado en <http://cpvaquero.blogspot.com.es/2011/02/diz-claves-para-conocer-el-derecho.html> Visionado el 25 de noviembre de 2017.
 21. POLO SABAU, J.R., “El artículo 16 de la Constitución en su concepción y desarrollo”, *Revista de derecho político*, Nº 100, 2017.
 22. PUERTO GONZÁLEZ, J.J., “Matrimonio y uniones de hecho ante el Derecho musulmán, judío y las Iglesias protestantes”, *Familia: Revista de ciencias y orientación familiar*, 2003.
 23. RUANO ESPINA, L., “Derecho e Islam en España”, *Ius Canonicum*, XLIII, N.86, 2003.
 24. VERNET, J., *El Corán*, Penguin Clásicos, Barcelona, 2009.

JURISPRUDENCIA

- STS de 13 de julio de 2004.
- STS de 10 de junio de 2009.
- STS de 4 julio de 2011.
- STS de 24 de enero de 2018.

LEGISLACIÓN

- Código Civil, de 24 de julio de 1889.
- Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.
- Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978.
- Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos de 1981.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- Ley 26/1992 de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
- Orden JUS/577/2016, 19 abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y la aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración del matrimonio religioso.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.
- Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas.